

Id Cendoj: 28079110012009100732  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1230/2005  
 Nº de Resolución: 785/2009  
 Procedimiento: CIVIL  
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x COMPRAVENTA x
- x COSA (COMPRAVENTA) x
- x COSA DETERMINADA (COMPRAVENTA) x
- x INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES x
- x DISMINUCIÓN DE CABIDA x
- x PREJUDICIALIDAD PENAL x
- x FALTA DE INDEFENSIÓN x
- x INDEFENSIÓN x

**Resumen:**

Contrato de compraventa de solar en el que la superficie vendida no se corresponde con la que figura en el Registro de la Propiedad. Delimitación de los linderos en el contrato. Falta de justificación del incumplimiento de la compradora. Prejudicialidad.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1045/2003, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Almería; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Inversiones y Promociones ANN-GUILLOT, S.L.**, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza. Autos en los que también ha sido parte Gestinal Inmobiliaria, S.L. que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Gestinal Inmobiliaria, S.L. contra la entidad mercantil Inversiones y Promociones ANN-GUILLOT, S.L.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se *"... dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: A) Se declare que la entidad demandada INVERSIONES Y PROMOCIONES ANN-GUILLOT, S.L. ha incumplido sus obligaciones derivadas del contrato privado de compraventa suscrito con la demandante en fecha 20 de Enero de 2.003 (documento nº 1 de la demanda).- B) Se declare resuelto dicho contrato privado de compraventa suscrito entre la entidad demandante GESTINAL INMOBILIARIA, S.L. y la demandada INVERSIONES Y PROMOCIONES ANN-GUILLOT, S.L. en fecha 20 de Enero de 2.003 (documento nº 1 de la demanda).- C) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por dichas declaraciones.- D) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... dicte lo siguiente: 1.- Auto acordando la suspensión del presente procedimiento al estimar la existencia de la cuestión prejudicial penal planteada en el presente escrito.- 2.- Y, en su día, Sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: - Desestime íntegramente todos y cada uno de los pedimentos contenidos en la demanda, declarando el incumplimiento de la actora de su obligación contractual de entregar las fincas objeto de venta con la superficie pactada.- 3.- Condene a la actora al pago de las costas que se causen". Al tiempo que formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado "... dicte Sentencia estimando íntegramente la presente reconvencción, con los siguientes pronunciamientos: 1.- Declare la nulidad o anulación del contrato de compraventa de fecha 20 de enero de 2.003 por disconformidad de la entidad INVERSIONES Y PROMOCIONES ANN-GUILLOT S.L. al no entregar la vendedora GESTINAL INMOBILIARIA S.L. las fincas objeto de venta conforme se estipuló en el contrato, con las superficies recogidas en el mismo.- 2.- Subsidiariamente declare la resolución del contrato de fecha 20 de enero de 2.003, por incumplimiento del vendedor GESTINAL INMOBILIARIA S.L. al no entregar las fincas conforme a lo estipulado, produciendo la inhabilidad de la misma para el objeto por el que se contrató, la promoción de viviendas.- 3.- En ambos casos y, en concepto de daños y perjuicios, condene a GESTINAL INMOBILIARIA S.L. a que abone a INVERSIONES Y PROMOCIONES ANN-GUILLOT S.L. la cantidad de 53.348,96 €, con sus intereses legales y con expresa imposición de las costas causadas en la presente demanda reconvenccional."

3.- Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que "... dicte Sentencia por la que: a) Se desestime íntegramente la reconvencción y se absuelva a mi mandante de las pretensiones de la parte reconviniente.- b) Se imponga a la reconviniente el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento."

4.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas fueron admitidas y practicadas en el juicio, tras lo que dictó el Juzgado de Primera

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 23 de junio de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil GESTINAL INMOBILIARIA S.L. contra la también mercantil INVERSIONES Y PROMOCIONES ANN-GUILLOT, S.L. debo declarar y declaro que la referida demandada ha incumplido sus obligaciones derivadas del contrato privado de compraventa suscrito por las partes el día 20 de enero de 2003, en consecuencia debo declarar la resolución de dicho contrato, ello con expresa imposición de costas a la parte demandada; y desestimando íntegramente la demanda reconvenccional formulada por la mencionada demandada, debo absolver y absuelvo a la referida actora de la reclamación dineraria contenida en la misma, ello con expresa imposición de costas a la citada demandada reconviniente."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación Inversiones y Promociones ANN-GUILLOT, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2004 , cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de inversiones y promociones ANN-GUILLOT S.L., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Almería, en los autos de juicio ordinario núm. 1045/2003, con fecha 23 de Junio de 2004, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, imponiendo las costas de esta alzada a la recurrente."

**TERCERO.-** El Procurador don Juan García Torres, en nombre y representación de **Inversiones y Promociones Ann-Guillot S.L.**, formalizó ante la Audiencia Provincial de Almería recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos: 1º) Por infracción del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2º) Por infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y 3º) Por infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con los artículos 187 y 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El recurso de casación se formuló por los siguientes motivos: 1º) Infracción del artículo 1471.2 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta; y 2º) Incorrecta aplicación del artículo 1502 del Código Civil .

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 17 de junio de 2008 por el que se acordó admitir los referidos recursos salvo el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, no habiéndose personado la parte recurrida.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 11 de noviembre de 2009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los hechos básicos de los que nace el litigio son los siguientes: a) El día 20 de enero de 2003 se celebró un contrato de compraventa en documento privado entre Gestinal Inmobiliaria S.L. e Inversiones y Promociones Ann-Guillot S.L., en cuya virtud la primera vendía a la segunda tres solares colindantes en la localidad de Huércal (Almería) por un precio total de 549.910,89 euros, fijándose en el contrato los linderos de cada uno y su extensión superficial; b) Se pactó un primer pago de 90.151,82 euros para el día 20 de abril de 2003 mediante entrega por la entidad compradora de un "pagaré", que fue renovado por otro para un mes después por imposibilidad de pago por la libradora, sin que tampoco se hiciera efectivo este último; c) El resto del precio se pagaría en el momento de otorgamiento de la escritura pública, acto que tendría lugar en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha del visado por parte del Colegio de Arquitectos del proyecto de ejecución de la promoción de la construcción que se proponía efectuar la parte compradora; d) El día 30 de julio de 2003 se intentó por la parte vendedora efectuar el requerimiento resolutorio previsto en el *artículo 1504 del Código Civil* por falta del pago inicial por parte del comprador, sin que pudiera realizarse al encontrarse cerrado el domicilio de la mercantil compradora; e) Finalmente pudo efectuarse dicho requerimiento a la legal representante de Inversiones y Promociones Ann-Guillot S.L. tras averiguar la vendedora su domicilio en la localidad de Níjar. A dicho requerimiento contestó la requerida oponiéndose al mismo y alegando un defecto de cabida de los solares ya que, según el contrato, sumaban 1313,22 m<sup>2</sup> mientras que en el Registro de la Propiedad aparecían con una extensión de 972,50 m<sup>2</sup>, existiendo por tanto una diferencia de 340,72 m<sup>2</sup>; f) El 21 de agosto de 2003 se produce nuevo requerimiento de la vendedora en igual sentido que igualmente es rechazado; y g) El 12 de diciembre de 2003, el Juzgado de Instrucción nº 4 de Almería admitió a trámite una querrela por estafa interpuesta por doña Miriam , anterior propietaria de los solares, contra don Fernando , legal representante de Gestinar S.L. alegando que había sufrido engaño por parte de este último en cuanto al precio correspondiente de los mismos.

**SEGUNDO.-** Gestinal Inmobiliaria S.L. interpuso demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Almería contra Inversiones y Promociones Ann-Guillot S.L. interesando que se dictara sentencia por la que se declarara: 1) Que la demandada ha incumplido su obligación de pago del precio; 2) Que se declare resuelto el contrato por tal causa; c) Que se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración; y d) Que se le condene al pago de las costas del proceso.

La entidad demandada se opuso a tales pretensiones y formuló reconvencción interesando que se declarara la nulidad del contrato de compraventa celebrado; subsidiariamente, su resolución por incumplimiento de la parte vendedora y además se condenara a ésta a indemnizarle los daños y perjuicios causados en cuantía de 53.348,96 euros.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Almería, al que correspondió por reparto el conocimiento del asunto, dictó sentencia de fecha 23 de junio de 2004 que estimó íntegramente la demanda declarando que la demandada había incumplido el contrato celebrado así como la resolución del mismo, desestimando la reconvencción opuesta por la demandada. Dicha parte recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) dictó nueva sentencia de fecha 20 de diciembre de 2004 que desestimó el recurso e impuso a la parte apelante las costas de la alzada, la que ahora ha recurrido contra dicha sentencia por infracción procesal y en casación.

### ***I. Recurso extraordinario por infracción procesal***

**TERCERO.-** El primero de los motivos del recurso denuncia la vulneración de lo dispuesto en el *artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por no apreciar la Audiencia recurrida la existencia de una cuestión prejudicial penal, según había puesto de manifiesto la parte en ambas instancias interesando la suspensión del proceso civil hasta su resolución, todo ello motivado por la pendencia de proceso penal por estafa en virtud de querrela interpuesta por doña Miriam , anterior propietaria de los solares, contra don Fernando , legal representante de Gestinar S.L., por razón de la venta antecedente de tales inmuebles; cuestión que ahora se reproduce al amparo de lo dispuesto en el *artículo 41.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Conviene precisar en primer lugar que no se trata en el caso de la aplicación de lo dispuesto en el

*artículo 40 de la citada Ley*, que se refiere al modo de proceder cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito perseguible de oficio, sino de la previsión contenida en el *artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cuyo *párrafo primero* dispone que «*promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*». Resulta necesario, por tanto, para que proceda la suspensión que se trate del "mismo hecho", circunstancia que no se da en el caso presente en que se trata de dos contratos distintos: el presuntamente defraudatorio celebrado entre los ya citados y el posteriormente celebrado entre los hoy litigantes, siendo así que no sólo son relaciones jurídicas obligacionales distintas, sino que además, al interesarse por ambas partes en el presente proceso la ineficacia del contrato celebrado entre ellas, ningún efecto ha de producir en éste la resolución que ponga fin al proceso penal, como han puesto de manifiesto tanto el Juzgado como la Audiencia al rechazar la pretendida suspensión de la tramitación del litigio. En definitiva, como refiere la sentencia de esta Sala de 10 septiembre 2008, lo decisivo es que el elemento fáctico de la causa de pedir de la acción ejercitada en el proceso civil esté incluido en el hecho o conjunto de hechos objeto del penal y considerados provisionalmente delito o falta, lo que evidentemente no ocurre en el caso en el cual la "causa petendi" referida tanto a las pretensiones de la demanda como de la reconvenición se encuentra en el alegado incumplimiento por cada una de las partes de las obligaciones que derivaban del contrato de compraventa celebrado que, en definitiva, les ha llevado a cada una de ellas a pedir la resolución de dicho contrato por incumplimiento de la parte contraria referido a momentos anteriores a la propia iniciación del proceso penal.

En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

**CUARTO.-** Inadmitido que fue el segundo de los motivos formulados por infracción procesal, resta el examen del tercero que denuncia la infracción del *artículo 24* de la Constitución Española en relación con los *artículos 187 y 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, el cual apoya la parte recurrente en el hecho de que, al redactar el escrito de apelación de la sentencia de primera instancia, lo hubo de hacer pese a no contar con copia de la grabación de la audiencia previa y del juicio a pesar de haberla solicitado por medio de "otrosí" en el escrito anunciador del recurso presentado el 5 de junio de 2004, lo que le había originado indefensión.

El motivo ha de ser desestimado puesto que, estimando la parte recurrente haber sufrido indefensión por tal motivo, no le bastaba con la simple protesta inicial formulada en el escrito de interposición del recurso de apelación, sino que debió apelar por infracción de normas y garantías procesales alegando, como ahora, la infracción de lo dispuesto en los *artículos 147 y 187 de la Ley Procesal* y propiciando que la Audiencia hubiera podido resolver de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 465.3 de la misma Ley* reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno para que el recurrente pudiera formular la apelación con todas las garantías y disponiendo de copia de las grabaciones efectuadas.

De lo anterior se desprende la improcedencia de plantear ahora "ex novo" la cuestión sobre nulidad, cuando se pudo y debió hacer en un momento anterior del proceso, por lo que la indefensión eventualmente sufrida lo fue por la propia actuación de la parte interesada.

## **II. Recurso de casación**

**QUINTO.-** Los dos motivos del recurso son susceptibles de consideración conjunta en cuanto vienen a sostener que el incumplimiento de la obligación de pago del precio por la entidad compradora -hoy recurrente- que dio lugar a la resolución por parte de la vendedora haciendo uso de la facultad concedida por el *artículo 1504 del Código Civil*, estaba justificado por aplicación de lo dispuesto en el *artículo 1502 del Código Civil* en relación con el incumplimiento por el vendedor de las obligaciones que dimanaban de lo dispuesto por el *artículo 1471, párrafo segundo, del mismo código*.

Ambos motivos han de ser rechazados por la inconsistencia del razonamiento en el que se apoyan. Sostiene la parte recurrente que estaba autorizada a suspender el pago del precio puesto que en el contrato se había determinado una superficie conjunta de los tres solares objeto de venta de 1.313,22 m<sup>2</sup>, mientras que en el Registro de la Propiedad figuraban con una extensión superficial de 972,5 m<sup>2</sup> y la superficie real según medición pericial era de 1.281,66 m<sup>2</sup>, por lo que podía acogerse a lo dispuesto en el *artículo 1502 del Código Civil relacionándolo con el 1471, párrafo segundo*.

Sin embargo, el *artículo 1502 del Código Civil* contempla un supuesto diferente al planteado ya que se refiere a los casos en que, producida la entrega de la cosa, el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, sin referencia a los casos de diferencia en la cabida de los inmuebles objeto del contrato; cuestión que

aparece regulada en el *artículo 1471*, según el cual en el caso de venta como "cuerpo cierto", con precisión de los linderos de la finca, son estos los que fijan la extensión que ha de ser entregada al comprador aun en el supuesto de que se hubiera designado en el contrato su cabida y resultare una cabida mayor o menor de la mencionada, supuestos en los que, como dice la sentencia de esta Sala de 18 mayo 1982, seguida por la de 5 mayo 2008, «*como reconoce la doctrina científica, la venta en cuanto a la superficie vendida ofrece un cierto aire aleatorio, estando en estos casos determinada la fisonomía del inmueble vendido, como declaró la sentencia de 12 marzo 1948, por su naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marcan sus linderos*». La de 31 enero 2001 afirma que «*la venta a cuerpo cierto requiere que el precio no se haya pactado por unidad de medida, y estipulándose un precio sin referencia a este dato, sino de forma alzada, ninguna trascendencia tiene para su calificación como tal venta el que se haga mención de la extensión del objeto comprado*». Ello se ha de poner en relación con la postura mantenida por la generalidad de la doctrina científica en el sentido de considerar que, partiendo de la claridad de la *disposición contenida en el párrafo primero del artículo 1471* en el sentido de que en la venta a precio alzado no tendrá lugar el aumento o disminución del precio aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato, no existe verdadera contradicción con lo señalado en el párrafo segundo, que prevé la venta de cuerpo cierto con designación añadida de cabida o número, supuesto en el cual, si la cabida real es mayor que la expresada en el contrato, el vendedor está obligado a entregar "todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos", y si no pudiese entregar la totalidad del terreno comprendido en los linderos determinados en el contrato -así, por ejemplo, cuando exista un enclave propiedad de tercero- "sufrirá una disminución en el precio proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló", debiendo resaltarse que la entidad compradora, al ser requerida de resolución por impago del precio, ni siquiera intentó acogerse a ninguna de tales posibilidades.

En consecuencia, los artículos que se consideran infringidos no han de ser aplicados en el sentido interesado por la parte recurrente y ambos motivos han de ser desestimados.

**SEXTO.-** Procede por ello la desestimación de ambos recursos, si bien las dudas de hecho y de derecho generadas tanto por la existencia de un proceso penal coetáneo cuyo resultado podría afectar a la posibilidad de entrega de la cosa por el vendedor, como la controvertida interpretación de lo dispuesto en el *artículo 1471, párrafo segundo, del Código Civil*, determinan que haya de hacerse uso de la facultad concedida al tribunal por el *artículo 394.1, en relación con el 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, a efectos de no condenar en costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar** a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de **Inversiones y Promociones Ann-Guillot S.L.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de fecha 20 de diciembre de 2004 en Rollo de Apelación nº 349/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 1045/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de dicha ciudad a instancia de **Gestinal Inmobiliaria S.L.** contra la hoy recurrente, la que **confirmamos** sin especial declaración sobre costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.